



Centro Universitário de Brasília - Uniceub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

PÂMELA RESENDE SILVA

**O art. 156 do Código de Processo Penal e os Poderes
Instrutórios do Juiz**

BRASÍLIA
2012

PÂMELA RESENDE SILVA

**O art. 156 do Código de Processo Penal e os Poderes
Instrutórios do Juiz**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Me. Georges Carlos
Frederico Moreira Seigneur

BRASÍLIA

2012

PÂMELA RESENDE SILVA

**O art. 156 do Código de Processo Penal e os Poderes
Instrutórios do Juiz**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Me. Georges Carlos
Frederico Moreira Seigneur

BRASÍLIA, _____ DE _____ DE 2012

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Georges Carlos Frederico Moreira Seigneur

Prof.

Prof.

Aos meus pais, João Aelton e Maria Izabel, pela confiança, pela força e pelo investimento ao longo desses anos. Esse trabalho é dedicado a vocês, como forma de demonstrar toda minha gratidão e o meu carinho.

Ao meu orientador, Professor Georges Frederico Seigneur, pela solicitude, incentivo e direcionamento, sem os quais esse trabalho não teria chegado ao fim. Fica, também, meu agradecimento àqueles que estiveram ao meu lado durante essa vitória, me apoiando e reconhecendo o esforço dispensado para chegar até aqui.

RESUMO

Cuida-se de trabalho monográfico que tem por escopo analisar a participação do juiz no desenrolar do processo penal. Busca-se avaliar o comportamento do magistrado de acordo com o modelo procedimental adotado, acusatório ou inquisitório, e o papel desempenhado pelo princípio da verdade real em cada um desses sistemas. Também é feita uma análise sobre qual sistema melhor se amolda ao ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, é elaborada uma análise da atual redação do art. 156 do Código de Processo Penal em face do modelo persecutório adotado. Por fim, faz-se uma avaliação do posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Palavras-chave: Processo Penal. Juiz Criminal. Imparcialidade. Modelo Acusatório. Verdade Real. Poderes Instrutórios.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1.SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	08
1.1 O Sistema Inquisitório/Inquisitivo	10
1.2 O Sistema Acusatório	13
1.3 A “verdade” dentro dos sistemas processuais penais.....	08
2.MUDANÇAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: LEI Nº 11.690, DE 9 DE JUNHO DE 2008	26
2.1 Críticas às constantes reformas do Código de Processo Penal	26
2.2 O anteprojeto da Lei nº 11.690/2008.....	28
2.3 A Lei nº 11.690/2008	30
3.JUIZ INQUISIDOR – UMA REALIDADE NA PRODUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA.	39
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

A redação original do Código de Processo Penal brasileiro data de 1945; desde aquela época até os dias atuais, a sociedade e a organização estatal brasileira passaram por diversas modificações. A mais significativa delas ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Desde então, diversas mudanças legislativas foram feitas na Lei Adjetiva Penal brasileira de modo a tentar amoldá-la aos novos princípios e diretrizes que regem o Brasil enquanto um Estado Democrático de Direito.

Esse trabalho tem por objetivo analisar, sob uma ótica constitucional e garantista, o trabalho dos magistrados durante a produção de provas no processo penal. O fato é que, por mais claros e evidentes que sejam os parâmetros constitucionais norteadores do processo penal brasileiro, não se pode olvidar fatores culturais da sociedade brasileira que nem sempre vão se alinhar aos preceitos constitucionais.

O Brasil, antes da promulgação da Constituição de 1988, conviveu durante muitos anos com regimes de governo que não garantiam ao indivíduo a proteção necessária contra abusos do Estado, o que deixa sequelas até hoje, inclusive na produção legislativa brasileira.

Para uma melhor compreensão da iniciativa probatória do juiz e seus reflexos nos direitos e garantias individuais constitucionalmente conferidos àqueles que respondem a um processo criminal, far-se-á uma análise dos modelos persecutórios existentes, bem como a relação de cada um deles com a busca da verdade.

Com essa abordagem, pretende-se desmistificar a verdade real como o objetivo a ser alcançado no processo penal.

Feito isso, passar-se-á ao estudo da inovação legislativa trazida pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, mais precisamente no que tange à nova redação do art. 156 do Código de Processo Penal, que deu aos juízes poder de ingerência sobre a produção de provas, mesmo antes de iniciada a instrução processual.

Toda abordagem terá sempre como parâmetro os ditames daquilo que se espera de um Estado Democrático de Direito, que tem no Direito Penal uma forma de tutelar apenas os bens jurídicos mais importantes, do ponto de vista político, e que não são suficientemente protegidos pelos demais ramos do direito¹; e no Processo Penal uma maneira de garantir que as sanções penais apenas sejam aplicadas quando o “Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu²”.

Num último momento, será feito um estudo sobre o ordenamento jurídico brasileiro, analisando a postura do Supremo Tribunal Federal quando este foi provocado acerca do tema (poderes instrutórios do juiz) na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1570/DF.

¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009 v.1. p.4.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 39.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Estado contemporâneo detém o monopólio da força e do poder punitivo, constituindo-se assim o único legitimado juridicamente a estabelecer sanções penais aos indivíduos. Logo, quando algum bem jurídico tutelado pelas normas de direito penal é atingido, cabe ao Estado, por meio do processo penal, imputar uma sanção ao indivíduo³.

Contudo, existe um conflito sobre o que o direito é e o que ele deve ser, principalmente porque todo poder tende a ser autoritário, assim é necessário que existam garantias que protejam os indivíduos de eventuais abusos⁴. Portanto, pode-se dizer que o processo penal e os princípios aos quais ele submete-se têm como intenção maior proteger o cidadão acusado de possíveis arbitrariedades. Em resumo, o Processo Penal existe para o acusado e não para a sociedade.

É nesse contexto que se inserem os direitos e garantias fundamentais encontrados na Constituição Federal Brasileira de 1988. A Carta Magna determina expressamente que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e dispõe de um enorme rol de direitos a serem resguardados pelo Estado, dentre os quais vários se dedicam a matéria penal e processual penal. Mais que isso, Luiz Flávio Gomes assevera que:

“Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático (no sentido de que o povo é quem ostenta a máxima soberania, e não legislador, que deve partir do reconhecimento da autonomia do homem, que é livre para orientar seu próprio destino) e de direito (que significa que o Estado não pode fazer nada fora dos limites fixados por ele mesmo), e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização (...) quando recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico (...). Somente os ataques mais intoleráveis e que podem causar repercussões visíveis (...) é que devem ser castigados penalmente⁵.”

³LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. Ed. V.1. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010 p. 118.

⁴LOPES JUNIOR, Aury. Op. Cit. p.115

⁵GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. V. 2, p. 192.

A democracia constitucional é, pois, pressuposto para a uma ligação entre direitos fundamentais, poder legítimo e política criminal, posto que uma Democracia de Direito deve estar intimamente atrelada à dignidade da pessoa humana. A validação desse modelo democrático passa, sem dúvidas, pelo devido processo legal. Não se pode então conceber que o Estado impute sanções penais aos cidadãos sem obedecer aos marcos definidos pela legislação e, sobretudo, pela Constituição Federal.

Assim, o exercício legítimo do poder punitivo passa necessariamente pela adequação dos instrumentos processuais aos preceitos constitucionais, que hoje contemplam as garantias e direitos fundamentais, a divisão dos poderes e a democracia. A Constituição é a limitadora maior da persecução penal⁶.

Dessa forma, pode-se dizer que a proteção individual contra eventuais abusos já está presente no plano da existência jurídica e deveriam ser plenamente eficazes. Mas apesar de serem verdadeiras normas jurídicas, muitas vezes isso não ocorre:

“A eficácia da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento de sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal⁷.”

Dentro desse panorama de busca por uma maior eficiência na prestação das garantias individuais, muito se especulou sobre o sistema persecutório adotado pela Constituição Federal, até mesmo como uma forma de melhor interpretar e aplicar as leis processuais penais. Contudo, hoje, pode-se dizer que a doutrina é quase pacífica ao entender que a Carta Magna filia-se ao chamado Sistema Acusatório.

⁶PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*: conformidade constitucional das leis penais. 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999. pp. 27-28.

⁷PRADO, Geraldo. Op. Cit. pp. 116.

Não obstante, essa mesma doutrina, que entende que os princípios constitucionais coadunam-se com um sistema acusatório, alega que na prática impera no Brasil uma miscelânea de sistemas e princípios, de modo que é possível encontrar tanto práticas essencialmente acusatórias quanto resquícios puramente inquisitórios⁸. Até mesmo as legislações mais recentes muitas vezes carecem de embasamento constitucional e por vezes atendem mais ao apelo midiático e político-institucional do que aos princípios e garantias fundamentais⁹, além de adotar como justificativa para alteração de disciplinas legais, princípios com significados diferentes daquele que se espera em um Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Geraldo Prado:

“A Constituição da República optou pelo sistema acusatório, mas o ordenamento jurídico processual ainda está distante da máxima acusatoriedade, razão pela qual recomenda-se que, propondo-se a reforma do processo penal, como consequência da transformação constitucional operada em 1988, coloque-se de lado a aparência acusatória e efetive-se a estrutura que, democraticamente, divide tarefas, funções e responsabilidades¹⁰.”

Desta forma para uma melhor compreensão desse posicionamento é importante delimitar as principais características desses sistemas, para ressaltar aquelas que levam a entender que a Constituição brasileira filia-se ao Sistema Acusatório, embora, ainda exista, na legislação extravagante, normas carregadas de práticas inquisitoriais.

1.1 O Sistema Inquisitório/Inquisitivo

O Sistema Inquisitório ou Inquisitivo teve seu auge na Europa feudal, mais especificamente no combate as heresias¹¹ e, por meio do inquérito, buscava “reconstruir os acontecimentos trazendo para o presente os fatos do passado¹².” É importante frisar que ao longo da história não existiu apenas um modelo desse

⁸NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010. p. 117.

⁹PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*: conformidade constitucional das leis penais. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. pp. 48-49.

¹⁰PRADO, Geraldo. op. cit. p. 207.

¹¹ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 269

¹²GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito a prova no processo penal. 1. ed., São Paulo : Revista dos Tribunais , 1997. p. 20.

sistema; no entanto, em todos os modelos existia um padrão, cujas principais características eram:

“O processo sempre teve seu início por ato do acusador, do noticiador (que poderia ser a vítima ou um cidadão comum) ou do próprio juiz. Portanto, esse padrão está na desnecessidade de um acusador distinto do juiz para que pudesse existir processo.¹³”

Assim, pode-se dizer que uma das principais características desse sistema é a reunião das funções de acusar, defender e julgar na pessoa do inquisidor que age e deve agir espontaneamente¹⁴.

Esse sistema surgiu como uma forma de possibilitar um processo judicial de ofício para os flagrantes delitos. Com o passar do tempo, o que deveria ser exceção tornou-se regra e foi sendo adotado não apenas para os flagrantes, mas para todos os delitos. O que era um duelo entre acusado e acusador, agora se transforma em um embate entre juiz-inquisidor e o acusado. O juiz então deixou o posicionamento isonômico adotado nos primórdios do sistema acusatório e passou a atuar como acusador¹⁵.

Segundo Aury Lopes Junior, um dos principais objetivos do sistema inquisitório é a obtenção da verdade real, ele surge como tentativa de uma forma de combate mais eficiente à delinquência e tem seu auge nas inquisições promovidas pela Igreja Católica. As Inquisições visavam combater toda forma de heresia, ou seja, todos aqueles que negassem a verdade absoluta da interpretação feita pela Igreja às Sagradas Escrituras estavam sujeitos aos crivos da inquisição¹⁶.

Eugênio Oliveira Pacelli também considera a verdade real como um dos legitimadores do sistema inquisitório, mais que isso considera que a mistificação da verdade real acaba criando uma cultura inquisitiva nos órgãos responsáveis pela persecução penal:

¹³LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. Ed. V.1. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010 p

¹⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa penal do juiz no processo acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, p.3-10, julho, agosto, setembro, 1999.

¹⁵LOPES JUNIOR, Aury. *op. cit.* p. 63

¹⁶Ibidem. p. 64-65.

“A busca pela verdade real, em tempos ainda recentes, comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade. Talvez o maior mal causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal¹⁷.”

Por ter como premissa um conceito como a verdade real, o processo inquisitório validava qualquer método a ser utilizado para obtê-la. Foi se construindo, assim, um modelo no qual a prisão cautelar era regra, de modo que o inquisidor dispunha do corpo do acusado/herexe e de posse dele podia utilizar qualquer método para obter a confissão (rainha das provas) ou evidência considerada suficiente para proceder à condenação do acusado.

Suas principais características então são: o inquérito escrito e secreto, uma grande disparidade entre defesa e acusação e, principalmente, a união em uma só pessoa das figuras do acusador e do julgador:

“Frente a um fato típico o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia provocação, e recolhe (também de ofício), o material que vai construir seu convencimento. O processado é a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é chamado a declarar a verdade sob pena de coação¹⁸.”

Além disso, quando não se conseguia através da inquisição condenar o acusado, os inquisidores eram orientados a não declarar a inocência do investigado, mas apenas declarar que nada havia sido legalmente provado, de modo que o acusado estava sempre ao alcance da inquisição¹⁹.

Desta forma, pode-se dizer que nos sistemas inquisitórios também não existia coisa julgada, tampouco a prescrição, sendo, pois, o oposto daquilo que pregam as teorias garantistas do processo penal.

¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 278.

¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. Ed. V.1. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 63

¹⁹ Ibidem. p. 67

O Sistema Inquisitório acabou desacreditado, pois incidia em um erro grave, acreditar que uma mesma pessoa poderia exercer duas funções tão distintas e antagônicas como acusar e julgar.²⁰

1.2 O Sistema Acusatório

Já o Sistema Acusatório é bem marcante em dois momentos distintos da história, um no período clássico, outro no período contemporâneo²¹, mas para este estudo o que interessa é a concepção atual de Sistema Acusatório.

O modelo acusatório atual tem como principais características a “necessidade de acusação ofertada por órgão distinto do julgador, publicidade e oralidade do procedimento, paridade de armas entre as partes e exclusão da iniciativa judicial no recolhimento das provas²².” Dentro dessa conjectura, pode-se dizer que:

“O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente a atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição autêntica de parte passiva do processo penal²³.”

É esta contraposição de teses (acusatórias e absolutórias) que devem formar a opinião de um juiz imparcial. Desta forma, a imparcialidade do juiz se faz de suma importância num sistema acusatório:

“Por isso, a real acusatoriedade depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas, principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas

²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. Ed. V.1. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 68.

²¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 49.

²² PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: conformidade constitucional das leis penais*. 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999. p. 113.

²³ LOPES JUNIOR, Aury. Op. Cit. p. 61.

alternativas, em relação as quais manteve-se, durante todo o tempo, equidistante²⁴.”

Ou seja, a imparcialidade do juiz está estreitamente atrelada ao contraditório e ao devido processo legal. Por isso, ele deve manter-se longe das teses levantadas pelas partes. Não obstante, o princípio acusatório funde acusação e ação penal, pois inadmite um processo condenatório sem que haja a propositura de uma ação penal por alguém interessado, seja essa parte o querelante ou o Ministério Público²⁵.

Desta forma, tal sistema está atrelado ao direito de ação e por consequência ao direito de defesa, sem deixar de lado o poder jurisdicional conferido a um juiz imparcial; obedece-se assim “a uma lógica de distribuição de funções que respeita a divisão entre os poderes do Estado”²⁶.

O juiz, enquanto garantidor imparcial, deve estar dotado de prerrogativas, dentre as quais se destaca a independência funcional como asseguradora do desempenho constitucional da função jurisdicional. O magistrado deve estar alheio a todo o sistema de poderes, o juiz não deve ser um porta-voz da vontade da maioria, “o juiz julga em nome do povo – mas não da maioria – para a tutela de liberdade das minorias”²⁷. Isto porque a “legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria”²⁸.

Fica claro então que, para parte da doutrina, as formas acusatórias de persecução penal são consequência lógica de um modelo garantista. Contudo, há quem destoe desse entendimento. A doutrinadora Ada Pellegrini Grinnover entende que a máxima acusatoriedade²⁹, modelo muito implementado nos países da “commom law”, no qual o juiz praticamente não interfere no andamento do processo, não é pré-requisito para que haja um sistema processual penal que zele pelos direitos e garantias individuais daqueles penalmente acusados.

²⁴PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: conformidade constitucional das leis penais*. 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999. p. 116

²⁵PRADO, Geraldo op. Cit. p.117.

²⁶Ibidem. p. 118.

²⁷LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. Ed. V.1. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 121

²⁸LOPES JUNIOR, Aury. Op. Cit. P. 121.

²⁹Aqui entendido como a iniciativa probatória delegada exclusivamente às partes.

Para a autora, um sistema processual penal garantista não impõe óbices intransponíveis à atitude probatória do juiz³⁰, pois as características fundamentais para um processo penal constitucional seriam as seguintes:

“ a) Os elementos probatórios colhidos na fase investigatória, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorado como provas (salvo se se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita a contraditório posterior; b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz (...); c) todo o processo der desenvolver-se em um contraditório pleno, perante o juiz natural³¹. ”

Os doutrinadores que consideram que o juiz não deve manter-se alheio a toda produção probatória para que seja assegurada sua imparcialidade alegam que o julgador deve ter uma visão publicista³² do processo, de modo que deve estar atento a sua função social, suprindo as deficiências dos litigantes a fim de favorecer a igualdade entre as partes³³. Ou seja, entendem que o interesse estatal de que a norma seja cumprida da melhor maneira possível deve prevalecer.

Consideram que, embora a imparcialidade seja uma qualidade que sempre distingue a pessoa do juiz e que é de suma importância para a validade do processo, a busca da verdade como forma de alcance da melhor aplicação do direito, quando feita dentro dos ditames legais e constitucionais não interfere no íntimo do julgador e serve como forma de garantir a melhor aplicação da lei penal.³⁴

No entanto, ainda que possa haver dissonâncias sobre a possibilidade da iniciativa probatória do juiz, não há dúvidas que ao se consagrar o

³⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa penal do juiz no processo acusatório. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 347, p.3-10, julho, agosto, setembro, 1999.

³¹GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit.

³²Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, a visão publicista do processo estaria ligada a natureza pública do direito processual como um todo, assim a função jurisdicional seria um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem interesses individuais e do próprio Estado. Desta forma o juiz atuaria como uma espécie de garantidor dos interesses estatais, o que o tira da condição de mero espectador da batalha judicial.

³³BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2. Ed. São Paulo, RT, 2010. p.162

³⁴Ibidem p. 155.

contraditório e a ampla defesa como garantias constitucionais inevitavelmente se concede ao acusado a garantia de um julgamento justo.

Ao se ler os corolários acima, fica claro também que, ainda que se possa discordar sobre uma ou outra característica do Sistema Acusatório, não se pode negar que ele é um modelo que parte de premissas que muito se aproximam daquilo que desejava o legislador constituinte, por isso é preciso saber se a verdade, como dizem alguns, ocupa um lugar de mais destaque que a eventual aplicação de princípios como *o favor rei*.

Além disso, é importante saber a quem deve ser atribuída a missão de buscar uma verdade dentro do processo penal. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, I, dá ao Ministério Público a titularidade privativa para o exercício da ação penal pública. Ainda dentro da Constituição, além do mencionado dispositivo, o art. 144 determina que é atribuição da polícia judiciária (federal ou estadual) apurar as infrações penais.

Pode-se perceber que a Carta Magna teve um especial cuidado ao criar órgãos e instituições especializados e preparados para a averiguação e posterior repressão de possíveis atividades criminosas. Assim, pode-se dizer que, a princípio, os magistrados não devem ter interferência na colheita de material probatório para embasar uma possível ação penal.

Resta evidenciado, então, que assiste razão à doutrina ao asseverar que a Constituição Federal realmente filia-se ao modelo processual acusatório, ainda que existam algumas ressalvas, pois é aquele que mais se aproxima daquilo que se espera de um Estado preocupado com direitos e garantias fundamentais.

É um sistema processual que não só contempla a igualdade entre as partes, mas que também preza por um julgador imparcial desprovido de preconceitos, que deve se pautar por aquilo que legalmente foi trazido ao processo. Ou seja, a Constituição ao conceber um Estado verdadeiramente democrático estabelece, por conseguinte, um sistema acusatório.

Mas, também, é evidente que, muito embora o Texto Maior traga no seu bojo premissas como: não haverá juízo ou tribunal de exceção, ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; todas compatíveis com o que chamamos de sistema acusatório; na prática, isso nem sempre se traduz num processo penal garantista; na legislação processual penal pátria ainda existem inúmeros dispositivos essencialmente inquisitivos, que acabam por colocar o réu numa posição ainda mais desconfortável perante o Estado-juiz.

Pode-se dizer que esse ordenamento conflitante é fruto de uma história recente conturbada. Em pouco mais de um século, o Brasil passou por inúmeras mudanças de políticas, houve várias alternâncias entre regimes democráticos e regimes autoritários; além disso, boa parte do ordenamento penal brasileiro infraconstitucional foi promulgado em períodos nos quais vigiam regimes basicamente totalitários. O próprio Código de Processo Penal (CPP) teve seu texto original promulgado em 1941, há setenta anos, quarenta e sete anos antes da Constituição atual, durante o período denominado Estado Novo, fruto de um golpe articulado que instituiu um regime semelhante aos regimes fascistas europeus³⁵.

Portanto, é difícil imaginar que um Decreto-Lei de autoria do Poder Executivo, numa época política bastante conturbada e em que os direitos e garantias individuais não eram a prioridade do Estado se coadune a um modelo garantista de Processo Penal.

³⁵KOSHIBA, Luiz; PEREIRA, Denise Manzi Frayze. *História do Brasil no contexto da história ocidental*. 8. ed. São Paulo: Atual Editora, 2005 p. 467.

1.3 A “verdade” dentro dos sistemas processuais penais

Superada então a discussão sobre qual o Sistema Processual penal deveria ser adotado no Brasil, resta agora verificar a real importância da verdade para esse sistema acusatório e se ela pode ou não justificar a presença de um julgador dotado de poderes probatórios.

O art. 156 do CPP, objeto desta pesquisa, é fruto de uma polêmica alteração, feita recentemente pela Lei nº 11.690, de 2008, e, dentre as principais justificativas para tal mudança legislativa, encontra-se o princípio da primazia pela verdade real no Processo Penal.

Não se pode negar que a verdade sempre terá seu lugar quando se falar em processo. Contudo, o que se debate aqui é até que ponto a verdade pode e deve pautar os procedimentos processuais, sobretudo no que tange o Processo Penal. Ferrajoli ao se debruçar sobre o estudo do garantismo penal asseverou que:

“(...) uma justiça penal não arbitrária deve ser medida “com verdade”, quer dizer, baseada sobre juízos penais predominantemente cognitivos (de fato) e recognitivos (de direito), sujeitos como tais a verificação empírica³⁶”.

A verdade, nesse contexto, diz respeito à convicção e a certeza da qual deve estar imbuído o julgador ao proferir uma sentença condenatória. A verdade que se espera em um processo penal acusatório/garantista então se refere ao direito do acusado e ao dever do julgador de apenas condenar alguém quando existir a plena convicção da autoria e da adequação da conduta a norma³⁷.

Ou seja, é bem diferente daquela verdade obtida nos sistemas inquisitórios, que a simples confissão do acusado (não importando os meios e métodos utilizados para obtê-la) era motivo mais que o suficiente para condená-lo; aqui sempre será necessária dilação probatória, contudo o que se questiona é a dimensão que essa dilação pode atingir.

³⁶FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo Penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 41

³⁷FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 41.

O princípio da verdade real então deverá ser interpretado como uma forma de proibir qualquer tipo de presunção de culpabilidade do acusado. Um fato incontroverso, ou não impugnado, diferentemente do que ocorre na maioria dos casos no processo civil, não será reputado verdadeiro. O órgão acusador não se exime de provar o alegado pelo simples fato de réu não contradizê-lo. Gustavo Henrique Badaró assevera que:

“O processo acusatório também é um processo que busca a “verdade”. Contudo a verdade almejada no processo acusatório não é a mesma “verdade” almejada num processo inquisitivo. Neste a verdade é ambiciosamente concebida como uma “verdade objetiva” ou “absoluta”. Já a “verdade” no processo penal acusatório deve ser entendida como verdade de caráter aproximativo, inevitavelmente condiciona a falibilidade dos meios de reconstrução histórica, e que deve ser buscada respeitando as regras e as garantias processuais³⁸”.

Assim sendo, pode-se dizer que realmente o processo penal exige a busca por uma verdade, mas por uma verdade processual mais densa do que a exigida no cível, de forma a evitar que alguém seja condenado, sem que haja provas suficientes para isso. Contudo, tais preceitos não implicam numa premissa de busca desenfreada por essas provas, até por isso, a Constituição Federal traz diversas limitações à atividade probatória do Estado.

A partir daí decorrem outros questionamentos sobre, na dúvida, o que deverá fazer o juiz: ele poderá produzir novas provas a fim de tentar obter uma maior convicção; a obtenção da chamada verdade, em casos assim, deve prevalecer ou a melhor saída é absolvição por falta de provas, em homenagem ao princípio do *favor rei*. O que deve ter um peso maior em processo acusatório e, por consequência, conforme a Constituição, o direito de liberdade do acusado, ou a proteção da sociedade e do Estado refletida num processo em que o juiz tem ampla autonomia para buscar provas no intuito de obter a verdade. Em fim, todos esses questionamentos são válidos quando se discute o papel da verdade em processo penal.

³⁸BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus da Prova no Processo Penal. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.121.

Para Lopes Jr., a verdade real, tão aclamada, seria nada mais que um mito “ardilosamente construído pelo substancialismo inquisitório.”³⁹. Para o doutrinador, a busca por uma verdade real/substancial pode trazer grandes distorções ao processo, pois a verdade substancial ao ser perseguida fora das regras de controle degenera o juízo de valor⁴⁰.

Além disso, seria muito presunçoso achar que seria possível atingir uma verdade real, porque além de excessiva é inimaginável falar de verdade real diante de um fato transcorrido no pretérito, pois, “o real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui, é um dado de realidade”⁴¹. Para o autor, aqueles que defendem os poderes instrutórios do juiz se pautando na mítica da verdade real, muitas vezes se esquecem da origem absurda do conceito e dos perigos que um juiz dotado de poderes para a busca desse objetivo pode representar para o processo⁴².

Outro ponto importante para responder ao questionamento, diz respeito à vinculação do Sistema Acusatório à garantia da jurisdicionalidade, a qual pode ser resumida na assertiva “*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*”, o que constitui algo muito mais amplo do que o direito a ser julgado por um juiz, pois parafraseando Aury Lopes⁴³, este juiz deve estar imbuído de imparcialidade, ser natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição, além de independente, alguém que se submete exclusivamente às leis, pois:

“A garantia da jurisdicionalidade deve ser vista no contexto das garantias orgânicas da magistratura, de modo a orientar a inserção do juiz no marco institucional da independência pressuposto da imparcialidade, que deverá orientar sua relação com as partes no processo”⁴⁴.

³⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. Ed. V.1. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p.. 555.

⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 574.

⁴¹ Ibidem. p. 61

⁴² Ibidem. cit. p. 61

⁴³ Ibidem. p. 117.

⁴⁴ Ibidem. 118.

Assim sendo, o chamado processo de partes é fundamental para conservar a imparcialidade quando do exercício da função jurisdicional e da aplicação da pena pelo magistrado.

O magistrado ao adentrar o campo da persecução penal altera seu estado anímico, atingindo o que de mais importante possui e que fundamenta toda a existência do processo legal, a imparcialidade. O Estado, no processo representado pelo magistrado deve se manter alheio à vontade das partes, “a imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva”.⁴⁵ Nesse caso, a própria legitimidade está comprometida, pois:

A legitimidade da atividade jurisdicional está condicionada ao emprego de técnicas que imunizem o processo do decisionismo judicial e não iludam quanto à conquista de uma verdade real, o que só ocorrerá na medida em que sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais, permitindo que acusação e defesa demonstrem a correspondência entre as teses esposadas e as provas produzidas, com a redução do subjetivismo inerente a todo julgamento⁴⁶.

Então, partindo-se dessas considerações feitas a respeito de como deve ser o comportamento de um juiz frente a um Processo Penal Garantista e se observado apenas este aspecto do sistema acusatório, a atual redação do art. 156 do Código de Processo Penal vai de encontro com tudo aquilo quanto se espera dele, a saber:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício.

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005 p. 112.

⁴⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: conformidade constitucional das leis penais*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 39.

Percebe-se que, além de afrontar a imparcialidade, também afronta os poderes atribuídos constitucionalmente à Polícia Judiciária, podendo o magistrado produzir provas mesmo antes de estabelecida uma relação processual, em fase de inquérito policial. Tamanhos poderes podem desvirtuar tudo aquilo que se espera de um processo penal que obedeça às premissas constitucionais básicas elencadas no art. 5º anteriormente citadas.

Ainda assim, há alguns doutrinadores no processo penal brasileiro que consideram a verdade como um dos principais objetivos do processo, sendo portanto, validadora da iniciativa probatória do juiz.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci comentando tal dispositivo:

“Trata-se de decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem a verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter preocupação de beneficiar com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade⁴⁷.”

Júlio Fabrini Mirabete, sobre o mesmo tema:

“Não é, porém, absoluta a regra de que o ônus da prova cabe à parte que fizer a alegação, pois o juiz pode determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, como também pode ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade⁴⁸.”

Também na jurisprudência recente, os tribunais tem se valido deste tipo de argumentação para validarem provas produzidas pelos juízes sem que houvesse qualquer tipo de intervenção das partes, conforme se vê no julgado do *Habeas Corpus* proferido pela 2ª turma criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

⁴⁷NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 351.

⁴⁸MIRABETE, Julio Fabrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 476

“HABEAS CORPUS. ANTECIPAÇÃO DE PROVAS. OITIVA DAS VÍTIMAS. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO E DESENTRANHAMENTO DA PROVA ORAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. HIPÓTESES. AFASTAMENTO DE MAGISTRADO. PARCIALIDADE. INADMISSÃO PARCIAL. MEIO INADEQUADO. TAXATIVIDADE DO ARTIGO 225 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REQUISITOS DO ARTIGO 156, INCISO I, CPP. AUSÊNCIA DE PROIBIÇÃO. RECOMENDAÇÃO N. 33 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. DENEGAÇÃO.

1. A atuação de ofício pelo juiz decorre dos Princípios da Verdade Real e do Impulso Oficial, ressaltando-se que no Processo Penal a busca da verdade real deve prevalecer na apuração do fato criminoso, cabendo ao magistrado, nessa perspectiva, determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis, provocando o andamento do feito até a decisão final.

2. O artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 11.690/2008, ampliou o poder do Juiz de determinar a formação da prova, ao estabelecer a possibilidade de ordenar a produção antecipada das provas que considerar urgentes e relevantes, mesmo antes de iniciada a ação penal, mediante a observação da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

[...]

8. Habeas corpus admitido parcialmente e, no mérito, ordem denegada⁴⁹.

Contudo, ao que parece, a verdade real como determinação daquilo que de fato ocorreu em sua forma exata é algo inatingível. Mas essa ideia de busca pela verdade está muito arraigada na mente dos operadores do direito, o próprio ritualismo processual leva a ver o juiz como alguém que vai desvendar um mistério e descobrir uma revelação quase sagrada. Toda estrutura dos tribunais, a toga do juiz, os termos latinos, a confissão, os juramentos, tudo quanto contribui para tornar o rito processual quase sagrado tem forte fundamento num processo penal inquisitório⁵⁰.

Por tudo que foi dito, também não se pode considerar a busca da verdade real no sentido de validar toda e qualquer iniciativa probatória, o objetivo maior do processo penal. Pelo menos não num sistema que se pretende ser acusatório e, sobretudo, garantista, uma vez que aqui deve prevalecer sempre a presunção de inocência do acusado, o processo penal deve servir como um

⁴⁹BRASIL/BRASÍLIA/DF. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus Criminal n.20110020059885. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal. Relatora Leila Abranch. Acórdão 507489. Publicado no DJE em 31/05/2011.

⁵⁰LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. Ed. V.1. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 574

garantidor dos direitos do acusado e não como um mero instrumento para descobrir a verdade, pois:

“A verdade substancial ao ser perseguida fora das regras de controle e, sobre tudo de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação degenera o juízo de valor, amplamente arbitrário de fato assim como o cognoscitivismo ético sobre o qual se embasa o processo penal⁵¹.”

Assim sendo, é claro que o julgador sempre se pautará pela verdade, mas aquela processual, presente nos autos, reflexo da tese mais pertinente levantada. Verdade esta que deverá ser trazida pelas partes de forma a convencer o magistrado e sobre qual nunca se terá real certeza se ela corresponde à exata realidade dos fatos.

A própria Lei Processual Penal em alguns pontos é bem realista quanto à possibilidade de não se atingir um conjunto probatório suficientemente denso para convencer o órgão julgador acerca da culpabilidade do acusado. Em casos assim, é determinado ao magistrado que absolva o réu, o que está em plena consonância com o princípio constitucional da não culpabilidade. O art. 386 do Código Processual Penal assim dispõe:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato infração penal;
- IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
- VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Lê-se, pois, que em casos de dúvida a Lei, em conformidade com as balizas constitucionais, determina que o julgador absolva o réu. Então, pode-se concluir que o juiz ao determinar que se procure provas não sugeridas pelas partes está em dúvida, o que implica na não aplicação imediata de tal preceito.

⁵¹LOPES JUNIOR. op. cit. p.556

Uma interpretação da Lei Processual em conformidade com a Ordem Constitucional, que sem sombra de dúvidas consagra um juiz imparcial, o qual sempre deverá motivar suas decisões, além de dever sempre presumir a inocência de qualquer acusado não admite esse tipo de conduta.

Logo, se a afastarmos a busca verdade real como um princípio a ser observado quando da persecução penal, pouco resta para fundamentar os poderes instrutórios do juiz, uma vez que o legislador constituinte foi muito cuidadoso ao consagrar princípios próprios do sistema acusatório.

Logicamente, o que se defende aqui não é que o juiz se despreocupe com o esclarecimento da verdade; uma sentença justa passa necessariamente por uma adequação de seus fundamentos com aquilo que foi esclarecido ao longo do processo. Contudo, a tarefa precípua do magistrado não é a de investigador, de detetive, e sim de um garantidor, alguém que está ali para garantir a paridade de armas e para dar ao acusado o direito de se defender das imputações que foram feitas a ele.

O juiz deve sim se vincular àquela tese que, de acordo com as provas produzidas nos autos, pareça se aproximar mais da realidade, só não deve se valer disso para agir como um verdadeiro inquisidor, deixando a produção de provas para aqueles órgão constitucionalmente designados para tal: o Ministério Público e a Polícia Judiciária.

2. MUDANÇAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: LEI Nº 11.690, DE 9 DE JUNHO DE 2008

Pode-se perceber que é antigo o debate acerca dos poderes instrutórios do juiz, principalmente depois do avanço da Constituição Cidadã (de 1988), quando passou-se a questionar sua constitucionalidade de maneira mais veemente. Assim, a discussão tornou-se bastante acirrada. O fato é que tanto os defensores quanto os opositores dos poderes instrutórios do juiz sempre se valeram de bons argumentos para defender a sua tese.

Na verdade, “a nova Constituição serviu como partida para inúmeras discussões sobre a necessidade de se reformular o Poder Judiciário, tendo em vista que o mau funcionamento da Justiça atinge a sociedade como um todo [...]”⁵². Portanto, a Lei nº 11.690/2008 e todas as modificações por ela trazidas devem ser observadas dentro de um contexto de necessidade de reforma do sistema processual como um todo, incluindo, além do processo penal, as esferas cíveis e trabalhistas.

2.1 Críticas às constantes reformas do Código de Processo Penal

Parte da doutrina, no entanto, acha que essas inúmeras alterações legislativas nada mais são do que uma maneira de tentar desviar o foco de um problema maior, que é a inconstitucionalidade quase que total do Código de Processo Penal.

Quem assim entende argumenta que um processo penal dentro dos ditames da atual Carta Constitucional seria de todo incompatível com o Sistema adotado na Lei Adjetiva Penal em vigor, por esta ser basicamente toda inquisitorial.⁵³

Discorrendo sobre esse tema, Miranda Coutinho assevera que:

⁵²BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Aspecto Gerais da Reforma Processual*. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho 2008, p. 26.

⁵³COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho 2008, p. 12.

“essas tentativas de reformas parciais, embora muitas vezes cercadas de boas intenções, são absurdas e incongruentes, não se tratam de nada mais que alterações que visam manter tudo como sempre esteve, uma vez que a causa e origem do problema continua⁵⁴.”

Sob esse ponto de vista, o ideal seria uma mudança completa e geral, pois o problema está no próprio sistema e uma reforma deveria abranger todo ele, ainda mais se considerarmos que o atual Código de Processo Penal tem origem fascista e está em dissonância com o modelo constitucional atual concebido sobre uma vertente democrática⁵⁵.

Os defensores desse posicionamento argumentam também que qualquer mudança que venha acompanhada de um discurso de necessidade de um processo mais célere, principalmente no âmbito penal, sempre correrá o risco de abrir mão de direitos e garantias fundamentais em nome da celeridade. Ao utilizar como argumento a celeridade, deixa-se de lado algumas formalidades que, a princípio, podem até parecer simplórias e desprovidas de qualquer importância, mas que se somadas, ao final, representam o próprio direito de defesa.⁵⁶

Fica claro então que as alterações legislativas no Processo Penal, da maneira como veem sendo feitas, ainda sofrem com muitas críticas, sobretudo, porque muito do que se faz em matéria penal toma emprestados princípios processuais civis e trabalhistas, os quais tratam de direitos de outra natureza, a maior parte das vezes, disponíveis e nem sempre aplicar-se-iam ao Processo Penal, posto que este pode restringir direitos e garantias indisponíveis.

Traçando-se um paralelo entre as reformas processuais – penal, trabalhista e cível – pode-se dizer que, muito embora existam pontos comuns entre todas as reformas processuais independentemente do ramo, “o processo penal tem suas peculiaridades, sobretudo por se tratar de um direito que no mais das vezes tutela direitos fundamentais indisponíveis”.⁵⁷ Assim, é de se esperar que o legislador,

⁵⁴COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho 2008, p. 12.

⁵⁵COUTINHO. op. cit. p. 12.

⁵⁶Ibidem. p. 12.

⁵⁷BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Aspecto Gerais da Reforma Processual*. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho 2008, p. 26.

ao editar normas que alteram o processo penal brasileiro, busque sobremaneira o respeito à Carta Magna, pois:

“Trata-se de corrigir ou conformar a interpretação de dispositivos originais do Código de Processo Penal (formatado sob a Constituição outorgada de 1937), à luz da Constituição garantista de 1988, reconhecendo no texto legal algumas construções jurisprudenciais importantes provenientes dos Tribunais Superiores⁵⁸.”

Conforme já foi dito, a recente alteração legislativa trazida pela Lei nº 11.690/2008 é uma das inúmeras modificações e adaptações que vem sendo feitas na Lei Processual Penal com o intuito de adequá-la às premissas constitucionais, portanto está inserida dentro desse controverso sistema de reformas processuais. Trata-se, pois, da norma responsável pela atual redação do art. 156 do Código de Processo Penal, objeto desse estudo.

Convém aqui detalhar um pouco mais sobre as considerações feitas pelos parlamentares enquanto tramitava o Projeto de Lei da Câmara nº 37/2007 (número no Senado Federal) ou Projeto de Lei nº 4.205 de 2001 (número na Câmara dos Deputados), ensejador da Lei nº 11.690/2008.

2.2 O anteprojeto da Lei nº 11.690/2008

O referido projeto teve em sua redação a participação e contribuição de diversos juristas, dentre os quais podemos destacar alguns bastante renomados no âmbito interno, como Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Luís Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior.

Na casa de origem – Câmara dos Deputados – a redação original do projeto foi analisada pela Comissão de Constituição e Justiça, tendo como relator o Deputado Ibrahim Abi-Ackel. De início, o deputado fez uma sucinta explanação dos objetos a serem reformulados e a intenção da proposta:

“Os arts. 155, 156, 157, 159 e 212 do Código são reformulados pelo projeto afim de dar maior abrangência às suas disposições e em consequência tornar bem mais claros os seus objetivos. A concisão

⁵⁸BOTTINI, op. Cit. p. 27.

do Código, ao tratar da maioria desses dispositivos, já não mais se recomenda em virtude da necessidade, demonstrada pelo longo tempo de sua aplicação, de se especificar com clareza providências que derivam de seu conteúdo e que na verdade asseguram a sua completa aplicação⁵⁹.”

Contudo, nenhuma análise mais profunda foi feita acerca da nova redação do art. 156, limitando-se o deputado apenas a descrever a ampliação trazida pelo projeto, a possibilidade de o juiz de ofício produzir provas antes mesmo de iniciada a ação penal.

No âmbito do Senado Federal, o PLC nº 37/2007, a análise feita na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ daquela casa, que teve como relator o Senador Mozarildo Cavalcanti, foi mais abrangente em relação aos dispositivos legais. Da leitura do relatório, é possível compreender um pouco mais os motivos que determinaram e inspiraram a feitura da norma. Logo no início do relatório, o Senador expõe que o projeto teve como base maior o disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal. Ou seja, as Casas Legislativas ao aprovarem o projeto de Lei tinham como intuito maior homenagear os corolários da ampla defesa e do contraditório.

Mais adiante, o relator faz uma breve consideração sobre o sistema processual penal adotado no Brasil, chegando inclusive a fazer referência aos diversos autores que consideram que o modelo de persecução penal adotado é apenas aparentemente acusatório. Inclusive admite que existem diversas normas de caráter predominantemente inquisitório no Processo Penal Brasileiro. Alega que, justamente por isso, todas as reformas propostas se fundam sobre um modelo acusatório real e que essa é uma oportunidade única para se romper com a visão inquisitorial e optar por um modelo acusatório puro. Nas palavras do senador:

“Todos os projetos de lei da chamada Reforma do Código Processo Penal estão fundados no modelo acusatório, reconhecidamente o mais apto à consecução de um processo penal não apenas ético, mas igualmente mais simples, célere, transparente e desburocratizado, trazendo maior eficiência e atacando a impunidade. Temos agora, portanto, oportunidade de ouro para

⁵⁹ABI-ACKEL, Ibrahim. Relatório PLC 4.205/2001. Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Brasília, 2004.

romper com nossa cultura jurídica de raiz inquisitiva, tornando clara a opção pelo modelo acusatório puro⁶⁰”.

Mas o mais importante de se destacar do relatório é a ressalva feita pelo senador quando da análise do inciso I do art.156. Embora considere válida a participação do magistrado no curso do processo na busca de solução para alguma dúvida que tenha remanescido, o próprio parlamentar considerou que o inciso I do dispositivo não é adequado a um sistema que busca um modelo acusatório puro, o que poderia comprometer imparcialidade do julgador:

“Talvez fosse o caso, ainda, em homenagem à consecução de efetivo sistema acusatório no Brasil, de simplesmente excluir da proposição a redação constante do § 1º do art. 156 proposto, que trata da iniciativa probatória do juiz. Isso porque não existe devido processo legal sem o pressuposto de uma jurisdição independente e imparcial, uma clara vedação legal à possibilidade da produção da prova, de ofício, pelo juiz, que visa a exatamente resguardar o magistrado de qualquer comprometimento psicológico prévio com a prova⁶¹.”

É perceptível que, no que tange especificamente ao referido dispositivo legal, a norma aumentou a polêmica. Isso porque, conforme já foi demonstrado, qualquer tipo de iniciativa probatória conferida ao magistrado sempre foi objeto de inúmeras críticas e calorosas discussões doutrinárias, com diversos argumentos favoráveis e tantos outros contrários.

No entanto, apesar das ressalvas, o legislador ignorou os argumentos daqueles que são contra a atividade probatória do magistrado e ampliou a já polêmica capacidade instrutória do julgador.

2.3 – A Lei nº 11.690 de 9 de junho de 2008

É evidente que um Código de Processo Penal que nasceu durante um regime de exceção e que sobrevive há mais de setenta anos, tendo passado inclusive pelo período do regime militar, precisa de modificações.

⁶⁰CAVALCANTI, Mozarildo. Relatório PLC 37/2007. Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Brasília, 2007.

⁶¹CAVALCANTI, Mozarildo. Relatório PLC 37/2007. Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Brasília, 2007.

Ocorre que, no mais das vezes, a mesma lei que consolida as premissas constitucionais com mudanças extremamente necessárias para um Estado Democrático de Direito, também traz mudanças que representam um verdadeiro retrocesso no modo de pensar as premissas constitucionais.

A redação do art. 156, antes do avanço da referida legislação, era assim:

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”

Após a reforma legislativa ficou assim:

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)”

Ou seja, a partir da nova redação é permitido, antes mesmo de iniciada a instrução penal, de ser formada a lide processual ou de que o Órgão Ministerial, titular da ação penal, tenha resolvido se há ou não motivos para denunciar um eventual suspeito ou indiciado, que o juiz mande, de ofício, produzir provas que ele considere necessárias para uma eventual e hipotética futura ação penal.

A referida modificação causou um furor na doutrina brasileira e muitos daqueles que admitiam algum tipo de iniciativa probatória do juiz na fase de instrução criminal desde que respeitados determinados limites, a fim de garantir a imparcialidade do magistrado, se manifestaram no sentido de que tal mudança é um retrocesso a tudo que se prega de um processo penal constitucional.

Nesse sentido, Rogério Schietti Machado Cruz⁶² assevera que é possível admitir algum tipo de iniciativa probatória do juiz quando estamos diante de uma ação penal propriamente dita; contudo, considera temerário qualquer envolvimento do magistrado na persecução que antecede a ação penal. Alega que é necessário fazer uma distinção entre as fases persecutórias, pois:

“Se ainda não há imputação, não há processo e, portanto, são impertinentes e atentatórias a imparcialidade e ao modelo acusatórios as iniciativas judiciais tendentes a, durante as investigações inquisitoriais e sem provocação do interessado, buscar provas. Sem embargo, diversa é a situação quando, já iniciada a ação penal (ou mesmo antes, desde que provocado), passa o juiz da causa a exercer, com soberania, sua função natural de entregar a prestação jurisdicional, sem condicionamentos outros que não regras procedimentais e os limites epistemológicos e éticos no cumprimento de seu *múnus*⁶³.”

Para Eugênio Pacelli de Oliveira, ao juiz não cabe tutelar a investigação, tendo em vista que a jurisdição criminal somente tem início com a apreciação pelo juiz da inicial acusatória, além de considerar a nova redação um retrocesso inaceitável⁶⁴, quase inacreditável, e conclui dizendo que:

“... nenhuma providência deve ser tomada de ofício pelo magistrado, para fins de preservação de material a ser colhido em fase de investigação criminal. Nem prisão de ofício e nem qualquer outra medida acautelatória, até porque o que deve ser acautelado, em tais situações, é a investigação e dela não há de cuidar e nem por ela responder o órgão da jurisdição⁶⁵”.

Essa manifestação explica-se, pois, desde a atual Constituição tem-se em mente que o magistrado deve primeiro cuidar de tutelar os direitos e garantias individuais de qualquer indiciado e não tutelar as provas que futuramente possam embasar uma ação penal. Tanto é verdade que o papel do juiz deve ser o daquele que cuida dos direitos e garantias fundamentais, que existem as chamadas cláusulas de reserva jurisdicional. Ou seja, provas que violam algum direito constitucional do investigado e que, caso a polícia judiciária ou o Ministério Público

⁶²CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Com a palavra as partes*. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho 2008. p. 18.

⁶³CRUZ. op. cit. p. 18.

⁶⁴OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 325.

⁶⁵OLIVEIRA. op. cit. p.325

desejem produzir, deverão, antes de mais nada, passar pelo crivo de um juiz para que ele possa dizer se é ou não relevante e necessária sua produção, sob pena de se tornarem ilegais.⁶⁶ Assim, o papel do juiz no curso da instrução não pode ser outro se não o daquele que pondera sobre a proteção dos direitos e garantias individuais.

A partir do momento que o juiz começa a agir de ofício para proteger uma ação penal que nem mesmo se iniciou e não cuida de tutelar os direitos e garantias dos investigados criminalmente, ele põe em risco aquilo que lhe é mais valioso, seu dever de imparcialidade.

Nessa mesma esteira, Tourinho Filho não considera que a atividade probatória é ou deva ser uma função própria de uma pessoa da qual se exija a imparcialidade. Também considera pouco provável que uma vez determinada de ofício pelo juiz a produção de uma prova antes mesmo de iniciada ação penal esta venha a aproveitar a defesa, fazendo assim com que o Processo Penal Brasileiro se aproxime muito mais de um modelo misto, do que de um modelo acusatório.⁶⁷

Existem críticas ainda mais enérgicas ao referido dispositivo legal, Miranda Coutinho⁶⁸ sustenta que a atual redação do art. 156 deixa claro o absurdo fascista do sistema processual penal brasileiro, ao permitir que magistrado nas duas fases da persecução produza provas *ex officio*. Para o autor, o que torna o preceito ainda mais absurdo é a exigência de equidistância e equilíbrio do juiz no ato do julgamento e que o mesmo sistema que autoriza a produção de provas pelo juiz sem provocação na fase de inquérito veda que ele as utilize quando da prolação da sentença. Ironiza tal situação dizendo que:

“É incompatível – e absurdo – assim, exigir do juiz que se comporte contra a sua natureza (para não falar do inconsciente), o que, por certo não fará. E a tentativa de reforma – parece evidente – aponta

⁶⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 325.

⁶⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V. 3. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 422.

⁶⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho 2008, p. 12.

para o fracasso, embora por certo, ajude a consolidar o sistema brasileiro como inquisitório(...) ⁶⁹.”

Fica evidenciado então que diversos operadores do direito ao se manifestarem acerca da nova redação do art. 156 se mostraram muito preocupados com a imparcialidade do julgador que tem ampla liberdade instrutória, sobretudo se formos considerar que a redação traz em seu bojo termos cujos significados são extremamente imprecisos como “urgente”, “relevante”.

Assim, a produção ou não de determinada prova não encontra limitação legal, ficando ao livre arbítrio do juiz que conta com uma redação legislativa vaga e aberta para aplicar sua própria interpretação. Pode-se dizer que o legislador confiou exclusivamente no bom senso do magistrado.

Ainda assim, há na doutrina brasileira aqueles que não veem nenhuma incompatibilidade entre os poderes instrutórios do juiz e a Constituição Federal. Cleunice Valentim Bastos Pitombo, ao comentar a Lei nº 11.690/08, apresentou entendimento de que não encontrar nenhuma objeção à iniciativa probatória judicial:

“A atividade instrutória e a participação do juiz no processo vincula-se ao sistema processual adotado. Cada sistema processual define, ampliando ou restringindo, as funções do julgador, especificando-lhe atribuições e limitações. Outorgar ao juiz o poder de realizar provas, nos moldes da nova lei, não afronta o modelo processual adotado – inquisitório, na primeira fase e acusatório na segunda, ou, como preferem outros, integralmente acusatório – nem fere a indispensável imparcialidade do juiz.

A reconstrução do fato, na persecução penal, é obra de mão comum. Todos os sujeitos do processo – acusador, acusado, vítima e julgador – devem atuar. Perquirir, investigar, buscar elementos de convicção não significa que o juiz substitui ou sobrepõe-se à defesa ou acusação. O juiz, por exemplo, ao determinar a produção de prova – testemunhal, pericial, documental ou qualquer outra –, não sabe e não tem como saber qual será o seu resultado e se será lastro para a absolvição ou condenação ⁷⁰”.

⁶⁹COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho 2008, p. 12.

⁷⁰PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *Considerações iniciais sobre a Lei 11.690/08*. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho 2008, p. 20.

Volta-se aqui a debater novamente as emoções que acompanham o juiz no ato do julgamento. Todo o questionamento em torno dos poderes do juiz tem uma preocupação em comum, a imparcialidade do julgador. Essa é a questão mais relevante para quem passa pela situação de responder a um processo penal, pois a imparcialidade é condição *sine qua non* para um julgamento constitucional. Se não fosse dessa forma, todo o debate doutrinário sobre o tema perderia razão de ser.

A aplicação da lei penal deve ser feita de maneira técnica e em estrito cumprimento das normas legais e, sobretudo, das normas constitucionais.

Não se pode olvidar, entretanto, que estamos diante de uma pessoa, que por óbvio recebe influências externas. Francisco Fernandes de Araújo⁷¹ preleciona que as influências externas que sofre um magistrado podem e devem ser minimizadas, de modo a diminuir o máximo possível o grau de parcialidade do julgador. Assim dispõe o autor em sua obra:

“É evidente que o juiz, por ser humano, também sofre as influências de seu mundo, e na hora de julgar deixa-se levar, em algum grau, por uma parcialidade que se procura negar, às vezes por ingenuidade, outras vezes por hipocrisia, ou por razões diversas. Cada juiz também é impregnado de muitos pensamentos e conceitos alheios, deixando-se envolver por pressões psicológicas de todo gênero. E por isso mesmo, ainda que se queira ser imparcial, não há como fazê-lo, de forma absoluta. Talvez esta afirmação possa parecer óbvia para o senso comum, a ponto de ser dispensável, mas pensamos que uma reflexão mais aprofundada e livre de preconceitos sobre o assunto pode minimizar o grau de parcialidade do juiz, a ponto de tornar a distribuição da justiça menos injusta⁷².”

Para o mesmo autor, o desafio de minimizar ao máximo a parcialidade dos julgadores passa necessariamente pela coragem do magistrado, o juiz não pode ficar acuado com medo de ser parcial, pelo contrário deve ter a presteza de conseguir julgar de acordo com os valores sociais da sociedade na qual se encontra⁷³. Julgar de acordo com valores sociais, aqui não implica em usar

⁷¹ARAÚJO, Francisco Fernandes de. A parcialidade dos juízes. Campinas: Edicamp. 2002. p. 14.

⁷²ARAÚJO, Francisco Fernandes de. op. cit. p. 14.

⁷³Ibidem. p. 16.

critérios políticos ideológicos ou religiosos, mas sim ter a consciência do papel social por ele desempenhado.⁷⁴

Outra questão extremamente importante para que o juiz mantenha o maior grau possível de imparcialidade é o zelo pela paridade de armas no processo. Assim, o juiz “deve dar as mesmas oportunidades às partes, na produção da prova, e, discretamente, também deve cuidar para que uma das partes não se sobreponha à outra em forças”⁷⁵.

Esse tipo de atitude serve para demonstrar que o juiz não tem qualquer intenção de favorecer alguma das partes, deixando de lado preconceitos e convicções de foro íntimo que comprometam sua seriedade, sua compostura e seu equilíbrio ao julgar a causa.

Por isso, qualquer norma que ponha em cheque justamente o que de mais valioso possui um magistrado não merece guarida no direito brasileiro, devendo ser banida do ordenamento jurídico.

Desta forma, mostram-se pertinentes todas as preocupações acerca das possíveis influências na imparcialidade de uma possível iniciativa probatória. Em que pese as argumentações de que ao produzir uma prova o juiz não sabe a quem ela aproveitará não parece ser uma verdade. Nas palavras de Daniel Westphal Taylor:

“É difícil conceber que alguém que realmente vivencie a prática processual brasileira acredite que um magistrado mantenha a sua imparcialidade quando sai à cata de provas que favorecem a acusação. Sem dúvida, encontraremos diversos operadores jurídicos que defendem a tese do amplo poder probatório do juiz (provavelmente a maioria). Isso, todavia, não significa que creiam (mesmo não admitindo a si mesmos) que o julgador conserva a isenção nessas hipóteses, mas que o interesse em condenar aquele

⁷⁴74 ARAÚJO, Francisco Fernandes de. A parcialidade dos juízes. Campinas: Edicamp. 2002. p. 16-17.

⁷⁵Ibidem. p. 16-17.

que delinque prepondera sobre o interesse da sociedade em ter um juiz equidistante das partes⁷⁶.”

Não se trata, portanto, de uma discussão vazia de significado. É de suma importância que os magistrados consigam manter-se de forma equidistante das partes. O autor segue a mesma linha para rebater os argumentos daqueles que defendem que o juiz exerce uma função de garantidor no processo penal, principalmente nos casos de erro ou inércia do Ministério Público, alega que ao juiz não cabe antes do fim da ação penal definir sobre a culpa ou não de alguém, um juiz imparcial não pode definir isso antes do final da instrução processual.⁷⁷

Alega, ainda, que num Estado Democrático de Direito não há espaço para que durante do curso processual exista alguém com poderes soberanos, ao ponto de decidir se as partes deveriam ou não ter produzido mais provas. Nas palavras do autor:

“Em um verdadeiro Estado democrático de direito, ninguém pode deter poderes absolutos (aliás, essa é a verdadeira síntese do conceito de Estado democrático de direito). E, quando o modelo processual acusatório não é respeitado, é justamente essa espécie de poder (absoluto) que o juiz possui no processo. A denúncia criminal serve como mero estopim para o exercício da inquisição⁷⁸”.

É importante então que o juiz tenha plena consciência de que a sua função primordial é garantir que sejam respeitados os direitos e garantias individuais e não de garantir que ao final da ação penal o condenado seja acusado. Um código em consonância com a Constituição Federal deveria ter esse tipo de preocupação. Contudo, as últimas reformas feitas no processo penal brasileiro trazem uma miscelânea de regras e valores que, ao invés de servirem ao propósito de elucidar e homenagear a Lei Maior, criam ainda mais confusão.

⁷⁶TAYLOR, Daniel Westphal. A gestão da prova nas demandas penais: o papel reservado ao Ministério Público. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1487, 28 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10205>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

⁷⁷TAYLOR, Daniel Westphal. A gestão da prova nas demandas penais: o papel reservado ao Ministério Público. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1487, 28 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10205>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

⁷⁸TAYLOR, Daniel Westphal. A gestão da prova nas demandas penais: o papel reservado ao Ministério Público. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1487, 28 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10205>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

O fato é que nem todo magistrado saberá dosar da maneira adequada os poderes que lhes são conferidos, assim, por óbvio, que tamanhos poderes utilizados de maneira distorcida interferem no *animus do julgador* e na sua imparcialidade.

Mas não é apenas o Código de Processo Penal que trás em seu bojo normas dessa natureza. A figura de um juiz inquisidor já se fez presente em outras disposições normativas, ainda mais polêmicas. A lei de organizações criminosas inclusive foi objeto de contestação constitucional por conter disposição dessa natureza, que, na verdade, além de dar ao juiz poderes para atuar de ofício, determinava que em situações específicas o magistrado seria obrigado a colher pessoalmente a prova pré-processual. O referido dispositivo foi declarado inconstitucional e os argumentos levantados pelos ministros serão analisados no momento oportuno.

Assim, mostra-se necessário uma análise mais criteriosa dos efeitos práticos de uma legislação nesses moldes, o que parece que não foi feito antes da criação da Lei nº 11.690/2008.

3. Juiz Inquisidor – uma realidade na produção legislativa brasileira.

Até aqui, o presente trabalho buscou se escorar na parte da doutrina que considera que o Processo Penal, mais do que um instrumento de busca e punição de um possível criminoso, é uma garantia individual que existe para proteger todos os cidadãos de possíveis abusos estatais.

Ou seja, parte-se da premissa que o Processo Penal existe para que ninguém seja arbitrariamente apenado ou tenha quaisquer dos seus direitos individuais cerceados, sem que haja uma oportunidade de se defender da melhor maneira possível.

Outra questão relevante abordada é o papel desempenhado pelo princípio da verdade no processo penal. Sobre esse tema, ficou demonstrado que a verdade tem seu lugar de importância no desenrolar processual, contudo, não deve ser colocada como uma validadora de toda e qualquer meio de prova, nem mesmo como legitimadora da produção de provas de ofício por parte do magistrado, tampouco servir como desculpa para ignorar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

A importância da verdade num processo garantista consiste em obrigar a acusação a apresentar elementos probatórios robustos o suficiente para condenação do acusado, pois, caso isso não seja feito, o magistrado vê-se obrigado a absolver o réu.

No entanto, a maneira inquisitiva como é pregado por tal princípio acaba refletindo em juízes ávidos por condenações e, por consequência, ávidos pela produção de provas.

Não se nega, porém, que o direito penal surge e tem como principal intenção a proteção da sociedade, ainda assim não se pode considerar que a sociedade é tão vulnerável a conduta criminosa quanto o indivíduo é vulnerável ao Estado. Por isso, em um Estado Democrático e de Direito deve-se buscar

sobremaneira proteger todos os cidadãos de eventuais abusos estatais e de possíveis erros judiciais, como forma de garantir um julgamento justo.

Sobre essa proteção e garantia, o ponto central e mais crítico em discussão no presente trabalho, diz respeito à iniciativa probatória do magistrado antes de iniciada a ação penal, justamente a inovação trazida pela Lei nº 11.690/2008. Tal questão tem inclusive uma relevância maior que as provas produzidas de ofício durante a instrução processual.

Isso porque, por mais controversos e discutíveis que sejam os poderes instrutórios no curso da ação penal, ao menos, nesse momento, estão submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Ademais, quando o processo já está em curso presume-se que exista justa causa para que ele ocorra, tendo o órgão acusador demonstrado o mínimo de nexo causal entre o objeto da denúncia e uma possível conduta do réu, de modo que a situação do réu se mostra menos vulnerável.

Além disso, parte significativa da doutrina nacional considera que esta iniciativa probatória quando realizada durante o contraditório não compromete a imparcialidade do juiz, nesse sentido:

“A melhor maneira de preservar a imparcialidade do juiz, não é alijá-lo da iniciativa instrutória, mas sim submeter todas as provas – as produzidas pelas partes e as determinadas *ex officio* pelo juiz – ao contraditório⁷⁹.”

Mas, quando há a participação do juiz na fase pré-processual, principalmente se o magistrado for o mesmo responsável por conduzir um futuro processo penal, a situação de vulnerabilidade do investigado é latente. Ada Pellegrini Grinover faz uma distinção sobre os poderes investigatórios do juiz criminal antes e após iniciada a ação penal:

“não se confunda o que se disse quanto aos poderes do juiz no processo e a sua iniciativa probatória com a atribuição de poderes para buscar elementos probatórios durante a fase da investigação

⁷⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa penal do juiz no processo acusatório. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 347, p.3-10, julho, agosto, setembro, 1999, p. 6.

prévia. Essa não pode ser confiada ao juiz, sob pena de se retornar ao juiz inquisidor do modelo antigo. Durante a investigação, o juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares. Por isso é oportuno que o juiz da investigação prévia (a cargo do Ministério Público e/ou da polícia judiciária) seja diverso do juiz do processo. É neste, e somente neste, que deve ser estimulada a iniciativa oficial⁸⁰.”

Os poderes de investigação preliminar do magistrado já foram, inclusive, questionados constitucionalmente por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1570/DF – Distrito Federal. O objeto da mencionada ação era disposição similar presente na chamada Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 9034/1995). Mais especificamente o disposto no art. 3º, e seus parágrafos, o qual remete ao art. 2º, III, da mesma lei, que assim dispõem:

“Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. (Vide Adin nº 1.570-2).

§ 1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

§ 2º O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc.

§ 3º O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação.

§ 4º Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz.

§ 5º Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em

⁸⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa penal do juiz no processo acusatório. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 347, p.3-10, julho, agosto, setembro, 1999, p. 7.

recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça.”

Geraldo Prado teceu severas críticas sobre o mencionado dispositivo da Lei de Organizações Criminosas:

“[...] pelo menos do ponto de vista psicológico, por mais sereno que seja o magistrado, sua inserção na mencionada atividade implicará certo grau de comprometimento com os fatos apurados, afastando-se o julgador do ponto de equilíbrio que, como garantia das partes, traduz-se no princípio do juiz imparcial.

Com efeito, a imparcialidade do juiz é o pilar de sustentação do tríptico do princípio acusatório, basilar em um processo penal democrático, de tal sorte que lhe entregar funções diversas daquelas típicas do exercício da jurisdição- *dizer o direito e atuá-lo praticamente*- acaba desnaturando o instrumento⁸¹. ”

Rômulo Moreira seguiu a mesma linha de raciocínio ao asseverar que a disposição legal é incompatível com o sistema processual penal vigente no Brasil, a saber:

“(...) se permitiu uma perigosa e desaconselhável investigação criminal levada a cabo diretamente pelo Juiz. Não é possível tal disposição em um sistema jurídico acusatório, pois que lembra o velho e pernicioso sistema inquisitivo.”⁸²

O Supremo Tribunal Federal esposou do mesmo entendimento e julgou a ação procedente em parte⁸³. Da leitura da ementa pode-se ter uma ideia acerca do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a iniciativa probatória dos magistrados na fase que antecede o processo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei

⁸¹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*: conformidade constitucional das leis penais. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 199-200.

⁸² MOREIRA, Rômulo de Andrade. O processo penal como instrumento de democracia. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 318, 21 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5224>>. Acesso em: 28 set. 2012.

⁸³ O STF considerou que a Ação havia perdido em parte o objeto quanto as informações bancárias e financeiras após o avanço da Lei Complementar 105 de 10 de janeiro de 2001.

9034/95. SUPERVENIÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. REVOGAÇÃO DA DISCIPLINA CONTIDA NA LEGISLAÇÃO ANTEREDENTE EM RELAÇÃO AOS SIGILOS BANCÁRIO E FINANCEIRO NA APURAÇÃO DAS AÇÕES PRATICADAS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. AÇÃO PREJUDICADA, QUANTO AOS PROCEDIMENTOS QUE INCIDEM SOBRE O ACESSO A DADOS, DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES BANCÁRIAS E FINANCEIRAS. 2. BUSCA E APREENSÃO DE DOCUMENTOS RELACIONADOS AO PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO REALIZADAS PESSOALMENTE PELO MAGISTRADO. COMPROMETIMENTO DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E CONSEQUENTE VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. FUNÇÕES DE INVESTIGADOR E INQUISIDOR. ATRIBUIÇÕES CONFERIDAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO E ÀS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL (CF, ARTIGO 129, I E VIII E § 20; E 144, § 10, I E IV, E § 40). A REALIZAÇÃO DE INQUÉRITO É FUNÇÃO QUE A CONSTITUIÇÃO RESERVA À POLÍCIA. PRECEDENTES. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, EM PARTE.⁸⁴

A ação, de autoria do Procurador-Geral da República, tinha como fundamentos precípuos a incompatibilidade do referido artigo com os dispostos no art. 5º, LIV e LV; 93, IX, e 129, I,⁸⁵ da Constituição Federal de 1988.

Sustentou o representante do Ministério Público que a referida Lei compromete a imparcialidade do juiz e, por conseguinte, a cláusula do devido processo legal, posto que para que ele ocorra a imparcialidade é imprescindível; aduz ainda que contraria o Sistema Acusatório adotado pelo processo penal brasileiro. Alegou, ainda, que a Lei instituiu a figura de um juiz inquisidor, quebrando os princípios da imparcialidade e publicidade.

⁸⁴Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1570-DF. Autor: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Maurício Côrrea. Brasília, 22 de outubro de 2004. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546> > Acesso em 24 de agosto de 2012.

⁸⁵Art. 5º-Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Portanto, é perceptível que existe um liame entre o objeto da ADI nº 1570/DF e a atual redação do art. 156 do Código de Processo Penal, posto que ambas redações concedem aos magistrados poderes para a produção de prova na fase pré-processual.

É claro que, no caso da Lei de Organizações Criminosas, a violação ao devido processo legal era mais evidente, tendo em vista que a lei não só permitia ao juiz a produção antecipada de prova, mas determinava que, em casos específicos, caberia ao próprio juiz a investigação e a lavratura do ato circunstanciado da diligência, ou seja, o juiz era obrigado a exercer funções típicas da polícia judiciária e não tinha a opção de afastar tal responsabilidade.

Pode-se até considerar que a lei tinha uma intenção nobre ao estabelecer tais premissas, qual seja, garantir um sigilo maior e preservar a intimidade dos investigados. No entanto, se o simples fato de possibilitar ao juiz a intervenção na fase de investigação preliminar vai ao encontro do devido processo penal, merecendo a devida atenção dos aplicadores do direito, muito mais o dispositivo legal que obriga o magistrado a ter tal conduta.

Percebe-se então que o princípio acusatório é por diversas vezes deixado de lado pelo Poder Legislativo. Contudo, o Judiciário não pode simplesmente aceitar tais dispositivos e ignorar tais ofensas. O relator da referida ação, o Ministro Maurício Corrêa fez uma grande defesa ao sistema acusatório durante seu voto. Asseverou o ministro que:

“Em verdade, a legislação atribuiu ao juiz as funções de investigador e inquisidor, atribuições essas conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigos 129, I e VIII e §2º; e 144, § 1º, I e IV e § 4º). Tal figura revela-se incompatível com o sistema acusatório atualmente em vigor, que veda a atuação de ofício do órgão julgador. [...]

Ora, cuida-se de outorga legal que, por fim, acaba subtraindo das duas instituições tradicionais de nosso sistema constitucional atribuições típicas das esferas de suas ações, subvertendo princípios e gerando descrédito, não só as pessoas em si que as integram, mas sobremaneira ao conceito e prestígio delas mesmas⁸⁶.”

⁸⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1570/DF. Tribunal Pleno. Brasília - DF, 22 de outubro de 2004. Voto do Ministro Relator Maurício Correa p. 9-10.

Esse foi, pois, o entendimento que acabou prevalecendo no STF, uma homenagem ao Sistema Acusatório e uma forma de preservar as atribuições constitucionais do Ministério Público e da Polícia Judiciária.

O fato é que o STF acabou se convencendo pela doutrina amplamente majoritária que não via com bons olhos a atuação ex-offício do magistrado na fase pré-processual, substituindo completamente o delegado de polícia.

Então, não existe porque ser outro o entendimento sobre o apregoado pelo art. 156 do CPP, sobretudo seu inciso primeiro. Mesmo que ele não obrigue os magistrados a determinar a produção da prova, o simples fato de o juiz ter a faculdade de determinar a produção de provas já pode colocar em risco a imparcialidade e fazê-lo usurpar atribuições constitucionais de outros órgãos.

Quanto à produção probatória no âmbito do processo penal, não se quer negar ao juiz o direito e dever de intervir durante a instrução processual, essa interferência judicial ocorre de diversas maneiras como na formulação de quesitos para os peritos, na inquirição das testemunhas, em inspeções judiciais e é salutar para o processo; um juiz totalmente alheio à instrução pode não ter a exata dimensão daquilo está julgando.

O que é temerário é a determinação de provas que as partes não consideraram importantes. Se o Ministério Público titular constitucional da Ação Penal e a defesa não consideraram necessária determinada prova não deve o juiz intervir na vontade das partes e atuar em substituição a elas. Discorrendo sobre o tema, Geraldo Prado assevera que:

“Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.

Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que nem sequer foram considerados

pelo órgão acusador, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir⁸⁷.”

Assim, ainda que imbuído no desejo de equilibrar o processo, por considerar que a defesa está omissa, ou que a qualidade técnica da argumentação apresentada pelo defensor não se coaduna com o princípio da ampla defesa, possui o magistrado mecanismos outros que não a determinação de provas ex-offício, até porque pairando a dúvida no espírito do julgador este sempre deverá optar pela sentença mais favorável ao réu. É justamente para situações assim que o juiz pode declarar o réu indefeso ou notificar a Ordem dos Advogados do Brasil.

Desta forma, é totalmente justificável o clamor doutrinário por uma reforma completa da Lei Processual Penal. Reformas parciais sem que haja a devida atenção aos preceitos constitucionais e até mesmo a decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal criam regras procedimentais conflitantes e acabam por criar situações desarmônicas, uma vez que ao mesmo tempo em que uma norma é declarada inconstitucional outra norma de teor semelhante pode estar sendo promulgada e gerando efeitos práticos.

O que não pode é persistir a atual situação, na qual o acusado/investigado está nas mãos do bom senso de um julgador, que pode ou não determinar a produção de provas, um juiz que querendo pode fazer as vezes de acusador e trabalhar no sentido de produzir provas para condenar o acusado.

Um ordenamento jurídico que dá brechas a esse tipo de comportamento não está de acordo com os preceitos de um Estado Democrático de Direito, um juiz que está mais preocupado com a descoberta de uma “verdade” do que com garantir que o processo se desenrole dentro dos preceitos constitucionais não se coaduna com a função do magistrado dentro de um sistema garantista e acusatório.

⁸⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*: conformidade constitucional das leis penais. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 137.

CONCLUSÃO

Com o presente estudo, pode-se perceber que os poderes instrutórios dos juízes ainda geram grandes controvérsias e divergências na doutrina e jurisprudência brasileira. Muito disso ocorre porque há um dissenso entre os operadores do direito sobre: se o sistema de garantias consagrado no ordenamento jurídico brasileiro comporta a figura de um juiz ativo durante a dilação probatória.

Toda ruptura e mudança artificial de sistema sempre deixará alguma sequela e demanda tempo até que a sociedade assimile os novos valores. O fato é que quando a sociedade passa por uma mudança, e novos valores são dela decorrentes, essa mudança será facilmente absorvida pela população. Contudo, quando a ruptura decorre de uma mudança forçada, sem que os valores sociais acompanhem a transição será muito mais complexa e demandará muito mais tempo.

Foi exatamente isso que ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma grande inserção artificial de novas premissas. A Carta Magna rompeu com um sistema que estava e ainda está muito arraigado na cultura jurídica brasileira e, por mais que realmente haja uma quebra do ponto de vista normativo constitucional, na prática legislativa ordinária, nem sempre prevalece uma visão garantista do Processo Penal.

Ainda sim podem-se tirar algumas conclusões desse trabalho. A mais importante é que o Processo Penal hoje deve ser entendido como uma forma de proteger o indivíduo dos abusos estatais e não como um instrumento de repressão do crime. Por isso, a Constituição Federal consagra uma série de direitos e garantias fundamentais de proteção ao cidadão.

Nesse sentido, o juiz deve funcionar como garantidor dos direitos e garantias individuais dos réus e não como um auxiliar do Ministério Público.

O próprio preâmbulo da Constituição deixa claro que o Brasil é um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e

individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna [...]”.

Portanto, ainda que se admita que o direito processual é “ um ramo do direito público, cuja finalidade é preponderantemente sócio-política e que a função jurisdicional é um poder dever do Estado e que no processo existem interesses particulares misturados com os interesses do próprio Estado⁸⁸”, em processo penal quem está ali a atuar como defensor da sociedade é o Ministério Público, afinal está-se diante de direitos e garantias individuais indisponíveis. De modo que o juiz deve se manter da maneira mais atenta e imparcial possível, principalmente se considerar-se que um erro judicial, em processo penal, pode gerar consequências irreversíveis e irreparáveis.

Assim sendo, por maiores que sejam os clamores sociais por uma política criminal mais severa, de medidas penais rigorosas, não se pode negar aos processados penalmente, sob pena de ferir os preceitos constitucionais, a garantia de serem julgados por um juiz imparcial e, mais ainda, de terem preservada sua presunção de inocência e por consequência a aplicação do princípio do *favor rei*.

Outra conclusão a qual se pôde chegar é que toda mudança legislativa, principalmente aquelas que têm repercussão direta no desenrolar do processo penal, devem ser feitas com toda a cautela, sendo examinadas todas as possíveis consequências do ato normativo. Pois, mesmo as mudanças aparentemente inofensivas e que não violam de modo direto o texto constitucional podem atingir, de maneira direta, direitos e garantias individuais.

O legislador pátrio, ao ampliar os poderes instrutórios do juiz, talvez não tivesse a exata dimensão da repercussão que ele teria, tendo em vista que nem toda norma inconstitucional viola um dispositivo direito, mas muitas vezes o é em decorrência direta de uma análise lógica dos princípios constitucionais.

⁸⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 18. Ed. São Paulo. Malheiros, 2002. p. 64.

Logo, os três poderes precisam ter em mente que a efetividade do processo não pode nunca se sobrepor ao indivíduo como objeto de proteção constitucional e que um Estado Democrático de Direito não pode ser construído sem uma análise constitucional minuciosa de todas as leis que possivelmente tenham um reflexo negativo sobre os direitos individuais do cidadão.

REFERÊNCIAS

ABI-ACKEL, Ibrahim. Relatório PLC 4.205/2001. Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Brasília, 20.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. A parcialidade dos juízes. Campinas: Edicamp. 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus da Prova no Processo Penal. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Marco Antônio de. A busca da verdade no processo penal. 2. Ed. São Paulo, RT, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspecto Gerais da Reforma Processual. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho 2008.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: 1988 – texto constitucional de 5 de outubro de 1988, com emendas de n. 1 a 70, de 2012, e pelas Emendas Constitucionais de Revisão de n. 1 a 6, de 1994. – 32.ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2012.

_____. DECRETO-LEI Nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal Brasileiro. DOU 13.10.1941.

_____. LEI Nº 9.034 de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. DOU 4.5.1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1570-DF. Autor: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Maurício Côrrea. Brasília, 22 de outubro de 2004. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546> >
 Acesso em 24 de agosto de 2012.

_____.BRASÍLIA/DF. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus Criminal n.20110020059885. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal. Relatora Leila Abranch. Acórdão 507489. Publicado no DJE em 31/05/2011.

CAVALCANTI, Mozarildo. Relatório PLC 37/2007. Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Brasília, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 18. Ed. São Paulo. Malheiros, 2002. p. 64.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho 2008.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Com a palavra as partes. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho 2008. p. 18.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo Penal. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito a prova no processo penal. 1. ed., São Paulo : Revista dos Tribunais , 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal: parte geral. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007. V. 2, p. 192.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa penal do juiz no processo acusatório. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 347, p.3-10, julho, agosto, setembro, 1999.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 5. Ed. V.1. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

_____. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MIRABETE, Julio Fabrini. Código de Processo Penal interpretado. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 476

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O processo penal como instrumento de democracia. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 318, 21 maio 2004 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5224>>. Acesso em: 28 set. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. Curso de Processo Penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 325.

PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. Considerações iniciais sobre a Lei 11.690/08. Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho 2008, p. 20.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: conformidade constitucional das leis penais. 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.

_____. Sistema Acusatório: conformidade constitucional das leis penais. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAYLOR, Daniel Westphal. A gestão da prova nas demandas penais: o papel reservado ao Ministério Público. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1487, 28 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10205>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. V. 3. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.